



J.H. Nieuwenhuis*

Vernietigen, ontbinden of aanpassen (I)

Wat is het lot van teleurstellende overeenkomsten?

Aanpassen van de overeenkomst, in plaats van vernietigen of ontbinden; recente ontwikkelingen verdienen de aandacht. Een wat langere aanloop kan geen kwaad.

Dwaling, onvoorziene omstandigheden, wanprestatie; contractueel leed dat traditioneel tot heftige reacties leidt: vernietiging of ontbinding van de overeenkomst. Wel waren er van oudsher minder drastische alternatieven, zoals vermindering van de koopprijs, indien de verkochte zaak behept was met een verborgen gebrek (art. 1543 oud BW), maar hun rol was bescheiden. Door recente ontwikkelingen, zowel in het Nederlandse, als in het internationale contractenrecht, is de ruimte voor aanpassing van de overeenkomst, in plaats van vernietiging of ontbinding, aanmerkelijk groter geworden. Dat roept nieuwe vragen op: wanneer vernietigen of ontbinden, en wanneer het contract aanpassen? Wie kiest? Waardoor wordt de keuze bepaald? Bewegende beelden die aan diepte winnen wanneer ze worden geprojecteerd op een internationaal dock.

Carthago

Do ut des. Daar is geen woord Frans bij. Overal en altijd is dit begrepen. Zo ook op 11 oktober 1492. Admiraal Christoffel Columbus maakt voor het eerst kennis met de bewoners van de nieuwe wereld. In zijn eigen woorden:

Al snel verzamelde zich een menigte eilandbewoners. In de hoop dat ze met ons bevriend zouden raken, en in de mening dat het beter was wanneer deze mensen eerder uit liefde dan onder dwang zich tot ons Heilige Geloof bekeerden, gaf ik aan enkelen van hen rode mutsen en glazen kralen, die ze op hun borst bevestigden, en die hun zoveel plezier deden en zoveel vriendschap voor ons wekten, dat het wonderbaarlijk was. Later zwommen ze naar de sloepen waarin wij ons ophielden en brachten ons papegaaien en kluwens katoendraad en speren en nog veel meer dingen, in ruil voor andere geschenken van ons, zoals glazen kralen en belletjes. In het kort gezegd: ze namen alles van ons aan en ze gaven al het hunne met de grootste welwillendheid¹.

Do ut des. Een moderne wetgever zegt het minder compact:

'Een overeenkomst is wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt' (art. 6:261 BW).

Wederkerigheid als garantie voor duurzame vrede en vriendschap. Het Weens Koopverdrag, dat voor ons land in 1992 in werking is getreden, berust op de overweging

'dat de ontwikkeling van de internationale handel op basis van gelijkheid en wederzijds voordeel een belangrijke rol speelt bij het bevorderen van vriendschappelijke betrekkingen tussen Staten.'

De associatie van vrede en de verbindende kracht van de overeenkomst is al oud. Reeds Ulpianus werd getroffen door de etymologische verwantschap tussen pax en pactum².

Niet in Rome, maar in Carthago, haar aartsrivaal, staat het geboortehuis van het moderne contractenrecht. De Historien van Herodotus bevatten een fascinerend verslag van de (pre)contractuele gebruiken van de Carthagers in de gebieden voorbij de zuilen van Heracles:

Als de Carthagers daar zijn aangekomen, stallen zij hun handelswaar uit op het strand. Vervolgens keren zij terug naar hun schepen en geven rooksignalen. Daarop komen de inboorlingen naar het strand, leggen daar een hoeveelheid goud neer en trekken zich weer terug. Dan gaan de Carthagers aan land om de hoeveelheid goud in ogenschouw te nemen; als zij het goud een billijke prijs voor hun goederen vinden, nemen zij het mee, zo niet dan keren zij terug naar hun schepen en wachten af. De inboorlingen voegen dan goud toe, totdat zij het eens zijn. Niemand pleegt bedrog. De Carthagers raken het goud niet aan totdat het in waarde opweegt tegen hun waren, en de inboorlingen komen niet aan de goederen voordat het goud door de Carthagers is meegenomen³.

Goede trouw als fundament van het contractenrecht. Vele eeuwen later, in 348 na Chr, wordt in Carthago een woord gesproken waaruit, door vruchtbaar misverstand, twee hoofdbeginselen van modern contractenrecht zouden voortspuiten. Op de vraag of (vormvrije) afspraken moeten worden nagekomen, antwoordden de bij gelegenheid van het concilie vergaderde bisschoppen in koor: laat de vrede bewaard worden en afspraken nageleefd (Dixerunt universi: pax servetur et pacta custodiantur). In de Decretalen van Gregorius IX werd deze uitspraak geplaatst onder het opschrift: Pacta quantumcumque nuda servanda sunt (afspraken, hoezeer ook vormvrij, moeten worden nagekomen)⁴. Door de woorden 'hoezeer ook vormvrij' beurtelings mee te lezen, dan wel over het hoofd te zien, kon deze tekst dienen als geboorteakte van zowel het beginsel van vormvrijheid (consensualisme) als het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst. Goede trouw, vormvrijheid, verbindende kracht. Deze Carthaagse geluiden hebben hun weerklank gevonden

* Raadsheer in de Hoge Raad.
1. Christoffel Columbus, *Reizen*, vertaling Hans Werner, 1991, blz. 62.
2. Dig. 2.14, 1.
3. Herodotus, *Historien*, IV, 182.
4. Decretales Gregorii IX, bk. 35, 1.

in een uiterst actueel document van contractenrecht: de UNIDROIT-principles for international commercial contracts⁵:

'Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade (art. 1.7. lid 1).

Nothing in these principles requires a contract to be concluded in or evidenced by writing. It may be proved by any means, including witnesses. (art. 1.2)

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided under these principles (art. 1.3.).'

Vriendschappelijke betrekkingen door wederzijds voordeel; dat is natuurlijk niet zo'n kunst. Toch schuilt hierin het geheim van het duurzaam succes van de wederkerige overeenkomst. De bewoners van de Afrikaanse Westkust denken: wat aardig om ons zulke schitterende purperen gewaden aan te bieden, in ruil voor wat brokjes geel metaal dat twee dagtochten landinwaarts voor het oprapen ligt. De Carthagers zijn gelukkig, omdat ze hun heilige honger naar het glanzend goud kunnen stillen in ruil voor een paar lapjes geverfde wol, waarvan hun pakhuizen uitpuilen.

Spannend wordt het contractenrecht pas wanneer het wordt geconfronteerd met situaties waarin het doel, wederzijds voordeel, wordt gemist en nakoming van de overeenkomst dreigt uit te lopen op ernstig nadeel voor een van beide contractanten. Partijen gingen uit van de veronderstelling dat het verkochte hout Amerikaans grenen was. Deze veronderstelling blijkt onjuist. Het is wel grenenhout maar geen Amerikaans grenenhout en dus minder goed bestand tegen weer en wind.

Een partij Soedanese aardnoten wordt verkocht c.i.f. Hamburg. Normaal gesproken zouden de noten de reis Port Soedan-Hamburg maken via het Suez-kanaal, maar onvoorziene omstandigheden, de sluiting van het kanaal als gevolg van de Suez-crisis in 1956, verijdelen dit. De verkoper wordt geconfronteerd met een verdubbeling van de kosten van het transport, dat nu Kaap de Goede Hoop dient te ronden.

Overeengekomen was dat de verkochte partij insecticide zou worden geleverd in fiber drums. Na aankomst in Djeddah blijkt de insecticide verpakt in metalen drums. De koper lijdt nadeel door deze tekortkoming, aangezien zijn afnemer, het Ministerie van Landbouw van Saoedie-Arabie levering in fiber drums eist.

Dwaling, onvoorziene omstandigheden, tekortkoming; drie belangrijke dompers op de verwachting van voordeel die door het sluiten van een wederkerige overeenkomst wordt gewekt. Zij trekken een zware wissel op de bereidheid het contract onverkort na te komen. Hoe moeten de tegenvallers tussen partijen worden verdeeld? Door de eeuwen heen heeft dit probleem het meest gevergd van de rechtsgeleerde scherpzinnigheid. Een bonte parade van rechtsfiguren is langs getrokken. Toch zijn daarin convergerende lijnen te herkennen. De UNIDROIT-principles vormen een ideaal uitgangspunt om die lijnen bloot te leggen. Het middel, waar het recht stevast het eerst naar

grijpt, is het paardemiddel. Wat in latere fasen van zijn ontwikkeling een ultimum remedium zal blijken te zijn, ligt aan het begin het meest voor de hand. Dit heeft het recht gemeen met de geneeskunst. Stellig zijn met behulp van de 17e-eeuwse chirurgijnswerktuigen talrijke levens gered die anders aan het koudvuur ten offer zouden zijn gevallen. Maar even zeker is dat dit ten koste is gegaan van onnoemelijk veel armen en benen die met modernere technieken behouden hadden kunnen blijven. Later worden lichtere middelen gevonden die de kwaal toch adequaat bestrijden. In het recht is het niet anders. Aanvankelijk staan slechts de radicaalste middelen ter beschikking. Dwaling, dan de overeenkomst vernietigen. Zijn de omstandigheden nog steeds zoals ze waren ten tijde van de contractssluiting (rebus sic stantibus)? Neen, dan vervalt het contract. Is sprake van een tekortkoming? Ja, dan wordt de overeenkomst ontbonden, en wel met terugwerkende kracht. Deze radicale ontknopingen worden steeds voorbereid door in het contract een deus ex machina te verstoppen: een stilzwijgende voorwaarde. De overeenkomst kan wegens dwaling worden vernietigd, omdat partijen de juistheid van hun veronderstelling dat het verkochte hout Amerikaans grenen was, stilzwijgend als voorwaarde in hun overeenkomst hadden opgenomen⁶.

Wie de verkoper van de Soedanese aardnoten, die wordt geconfronteerd met vervoer rond Kaap de Goede Hoop, te hulp wil schieten, zal in diens overeenkomst een onuitgesproken clause ontdekken, een beding inhoudende dat het ongewijzigd voortduren van de omstandigheid dat via het Suez-kanaal naar Hamburg gevaren kon worden, een voorwaarde vormt waarvan het contract afhankelijk is.

Een ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkerige overeenkomsten plaats te grijpen. In geval een der partijen aan haar verplichting niet voldoet (art. 1302 oud BW).

De neiging om in geval van dwaling, onvoorziene omstandigheden en tekortkoming de vernietiging en de ontbinding van de overeenkomst te herleiden tot de bedoeling van partijen is volstrekt begrijpelijk. Zij vloeit voort uit de eerbied die het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst vergt. Pacta servanda sunt, wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken partijen tot wet (art. 1374 oud BW). A contract validly entered into is binding upon the parties (Unidroit). De partij-autonomie brengt in deze opvatting mee dat niet alleen de verbindende, maar ook de ontbindende kracht, slechts toekomt aan partijen. Alleen zij kunnen besluiten elkaar te bevrijden van gebondenheid. Achteraf door het sluiten van een nieuwe liberatoire overeenkomst, of vooraf door de gebondenheid afhankelijk te stellen van een voorwaarde.

De noodzaak om terug te vallen op een stilzwijgende voorwaarde (implied condition) is voor het Engels recht fraai onder woorden gebracht door Lord Lornburn in *F. A. Tamplin Steamship Co.*⁷:

'In most of the cases it is said that there was an implied condition in the contract which operated to release the parties from performing it, and in all

5. UNIDROIT, Rome 1994. Zie daarover A.S. Hartkamp, *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1994, blz. 37 e.v.

6. Zie voor deze aan J.F. Houwing ontleende constructie bijvoorbeeld HR 30 mei 1924, NJ 1924, blz. 835.

7. [1916] 2, A.C. 397, 403.

them I think that was at bottom the principle upon which the Court proceeded. It is in my opinion the true principle, for no Court has absolving power, but it can infer from the nature of the contract and all the surrounding circumstances that a condition which was not expressed was a foundation on which the parties contracted (...) Were the altered conditions such that, had they thought of them, they would have taken their chance of them, or such that as sensible men they would have said: If that happens, of course, it is all over between us?

No Court has absolving power. Dat staat haaks op moderne inzichten. De rechter kan de overeenkomst ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden (art. 6: 258 BW). Men make zich echter niet te snel vrolijk over het aanroepen van een stilzwijgend beding als een primitieve bezweringsformule om aan de verbindende kracht van de overeenkomst te ontsnappen. De techniek van het stilzwijgend beding bevat een aanwijzing van blijvende waarde omtrent de richting waarin moet worden gezocht naar de oplossing: wat zouden partijen hebben gedaan als zij de mogelijkheid van de sluiting van het Suez-kanaal onder ogen hadden gezien? Zou de koper dan hebben gezegd: ik neem de kans dat ik in dat geval een hogere koopprijs moet betalen voor lief? Of zou hij hebben gezegd: de door ons overeengekomen prijs is voor mij het maximum; als ik word geconfronteerd met de kans een hogere prijs te moeten betalen, gaat wat mij betreft de zaak niet door. Dit dient het uitgangspunt te zijn, en niet wat de rechter een billijke prijs vindt. Rechters kopen geen Soedanese aardnoten, althans niet per ton. Deze laatste observatie ligt ook ten grondslag aan de regeling van de UNIDROIT-principles die vooropstellen dat in geval van onvoorziene omstandigheden (hardship) de benadeelde partij heronderhandeling mag verlangen. Pas in tweede instantie, als die onderhandelingen zijn mislukt, komt de rechter aan bod.

Hoe reageert het recht op tegenvallers in de contractuele sfeer: dwaling, onvoorziene omstandigheden en tekortkoming? Aanvankelijk louter met drastische maatregelen, zoals het vernietigen en ontbinden van de overeenkomst. Deze destructieve effecten werden slechts mogelijk geacht, indien in de overeenkomst een onzichtbaar ontstekingsmechanisme aanwezig werd verondersteld: een stilzwijgende (ontbindende) voorwaarde.

Vrijwel overal zijn de ontwikkelingen langs dezelfde lijnen verlopen. De techniek van de stilzwijgende voorwaarde heeft het veld moeten ruimen, en naast de vernietiging en ontbinding zijn minder zware middelen op de markt gekomen. In plaats van vernietiging op grond van dwaling, de wijziging van de gevolgen van de overeenkomst, zoals bijvoorbeeld een vermindering van de koopprijs ten behoeve van de dwalende koper (vgl. art. 6:230 BW). In geval van een tekortkoming een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties (vgl. art. 6:270 BW). De koper van flessen wijn die bij aflevering niet 75cl blijken te bevatten, zoals was overeengekomen, doch slechts 70cl, behoudt de wijn tegen een vermindering van de koopprijs met 6,7%.

Vernietigen, ontbinden of aanpassen? Door de op-

komst van contractsaanpassing als alternatief voor de eerste twee mogelijkheden, komt de vraag, wanneer naar het zwaarste middel mag worden gegrepen, in een nieuw licht te staan. Het beginsel van redelijkheid en billijkheid (good faith and fair dealing) zal meebrengen dat een sanctie wordt gekozen die voor de wederpartij het minst bezwarend is, althans voor zover zij te verenigen is met een adequate behartiging van het belang van de benadeelde partij⁸. Vernietiging en ontbinding dus slechts indien de tranen van de teleurgestelde contractant niet op andere wijze kunnen worden gedroogd.

Een en ander leidt onvermijdelijk tot verschuivingen in de driehoek gevormd door de teleurgestelde contractant, diens wederpartij en de rechter. Zoals bij elke driehoek: hoe groter de ene hoek, des te geringer de ruimte voor de twee overige.

Uitgangspunt is de hoek van de teleurgestelde contractant. Hij heeft recht op vernietiging in geval van dwaling, recht op ontbinding, indien sprake is van een tekortkoming. Zo bezien, ligt het voor de hand de keuze tussen enerzijds vernietiging of ontbinding en anderzijds aanpassing van het contract als zijn recht aan te merken. Dit lijkt een kwestie van elementaire logica: wie het meerdere kan, kan ook het mindere.

Ter zake van tekortkoming staat ook de wet op dit standpunt. De schuldeiser heeft het recht te kiezen tussen gehele, dan wel gedeeltelijke ontbinding (art. 6:265 lid 2) en aangezien een gedeeltelijke ontbinding leidt tot een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties, komt dit laatste neer op een aanpassing van de overeenkomst.

Wanneer het keuzerecht van de teleurgestelde contractant tot uitgangspunt wordt genomen, blijft voor de twee overige deelnemers aan het debat, de wederpartij en de rechter, weinig ruimte over. Een recht houdt pas op, daar waar het wordt misbruikt, of in het contractuele vlak, waar rechtsuitoefening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid 'onaanvaardbaar' zou zijn.

Het is niet moeilijk te voorspellen in welke richting het contractenrecht zich op dit punt zal ontwikkelen: meer ruimte voor de wederpartij en de rechter doordat hun rol bij het bepalen van de keuze voor aanpassing, in plaats van vernietiging of ontbinding van de overeenkomst, allengs minder marginaal wordt als gevolg van de afkalving van het 'recht' op vernietiging en ontbinding.

De eerste versie van het ontwerp Boek 6 handhaafde voor de gedeeltelijke ontbinding de rechterlijke tussenkomst:

'om willekeurige ontbindingen tegen te gaan, is bij de gedeeltelijke ontbinding in beginsel de rechterlijke tussenkomst behouden'⁹.

Later is die voorgeschreven tussenkomst van de rechter vervallen, maar het in de toelichting gegeven voorbeeld ter illustratie van het nut van diens interventie blijft onverminderd van waarde:

'Degene die zijn huis voor vijf jaar heeft verhuurd en na een jaar geen huur meer ontvangt, kan een gedeeltelijke ontbinding verkiezen die eerst over-

or ontbinding is deze
te uitgewerkt door F.B.
in zijn proefschrift,
ding van wederkerige
komsten, Deventer,
blz. 260 e.v.
ri. Gesch. boek 6,
19.

enkele maanden ingaat, om de huurder niet onmiddellijk op straat te zetten. Het is echter niet toelaatbaar dat hij de ontbinding eerst over twee jaar laat ingaan, omdat hij bedacht heeft juist tegen die tijd het huis gaarne vrij te willen hebben¹⁰.

De wederpartij kan zich verzetten tegen een gedeeltelijke ontbinding die te exclusief is ingegeven door het belang van de schuldeiser. Zij zal gehoor vinden bij de rechter, ook in situaties waarin het wat ver gaat te spreken van 'onaanaanvaardbaarheid'.

Bij onvoorziene omstandigheden is voor de rechter zelfs een hoofdrol weggelegd. 'De rechter kan op verlangen van der partijen de gevolgen van de overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden' (art. 6:258). Zijn verplichte bijstand wordt in de parlementaire geschiedenis verdedigd door erop te wijzen dat het hier in de regel gaat om gecompliceerde feitelijke situaties, waarin gemakkelijk verschillende oplossingen voor toepassing in aanmerking kunnen komen: wijzigingen in verschillende zin, algehele ontbinding, verschillende vormen van gedeeltelijke ontbinding¹¹.

In geval van dwaling kan de wederpartij het recht van de dwalende op vernietiging van de overeenkomst, ontkrachten door een adequaat voorstel tot wijziging van de gevolgen van de overeenkomst (art. 6:230).

Dwaling

Met betrekking tot dwaling bepalen de UNIDROIT-principles dat voor vernietiging slechts plaats is indien

'the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would have contracted only on materially different terms or would not have contracted at all if the true state of affairs had been known{...}' (art. 3.5).

Onder het kopje 'adaptation of contract' wordt in art.3.13 daaraan toegevoegd:

*'If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoid, the contract shall be considered to have been concluded as the latter understood it {...}'*¹².

Een eerdere versie van deze UNIDROIT-bepaling heeft onze wetgever geïnspireerd tot art. 6:230 BW¹³. De bevoegdheid tot vernietiging wegens dwaling vervalt, indien de wederpartij tijdig een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst voorstelt die het nadeel van de dwalende op afdoende wijze opheft. De Nederlandse regel biedt iets meer speelruimte, maar trekt de grens tussen vernietiging en aanpassing niet principieel anders dan de UNIDROIT-bepaling. Gaat zowel koper als verkoper uit van de onjuiste veronderstelling dat het verkochte schilderij, voorstellende 'Het Laatste Oordeel' is geschilderd door Hercules Seghers, dan kan de verkoper niet aanbieden de overeenkomst na te komen conform de verwachtingen van de koper. Ondanks zijn veelbelovende voornaam zal de schilder niet in staat zijn tussentijds uit het graf te verrijzen om zijn noodzakelijke medewerking te verlenen. Maar ook

art. 6:230 biedt hier geen soelaas. Als de authenticiteit van het schilderij de eigenlijke grond voor het sluiten van de overeenkomst vormde, is een verlaging van de koopprijs nimmer een afdoende maatregel om het nadeel van de koper op te heffen. Voor deze overeenkomst is geen redding mogelijk.

Indien daarentegen een container gevuld met oud-waalsteenklinders is verkocht en beide partijen ervan zijn uitgegaan dat de container tenminste 4000 klinders bevatte, terwijl dit er 3200 blijken te zijn, is instandhouding van de overeenkomst geenszins uitgesloten. Zou de verkoper tijdig aanbieden 800 klinders bij te leveren, dan verliest de koper de bevoegdheid tot vernietiging, ook al zou zijn enthousiasme voor de renovatie van zijn tuin inmiddels zijn bekoeld.

Vernietigen of aanpassen? Waar loopt de grens? De UNIDROIT-principles stellen een gids ter beschikking: a reasonable person in the same situation as the party in error. Zijn aanwijzingen blijven aan de globaliteit, maar zijn zeker niet zonder nut. Wat zou deze redelijke persoon hebben gedaan als hij de ware stand van zaken had gekend? Zou hij in dat geval de overeenkomst in het geheel niet hebben gesloten, dan ligt de conclusie voor de hand: vernietigen. Zou hij daarentegen de overeenkomst wel hebben gesloten, maar alleen tegen andere voorwaarden, dan ligt daarin een aanwijzing besloten dat aanpassing mogelijk is, en wel door die voorwaarden te vervullen. Indien deze redelijke persoon de 200.000 liter Friese wodka wel zou hebben gekocht, te leveren c.i.f. Petersburg, maar slechts tegen een lagere prijs, omdat hij, anders dan partijen, wist dat sommige republieken van de voormalige Sovjet-Unie de handel in alcoholhoudende dranken hadden verboden, dan zal de verkoper door een aanbod tot prijsvermindering de vernietiging van de overeenkomst kunnen vrijdelen.

(wordt vervolgd)

Mr. J.H. Nieuwenhuis

10. Parl. Gesch. boek 6, blz. 1019.

11. Parl. Gesch. boek 6, blz. 974.

12. Zie ook het Zwitserse Obligationenrecht (OR) art. 25: 'Die Berufung auf den Irrtum ist unstatthaft wenn sie Treu und Glauben widerspricht. Insbesondere muss der Irrrende den Vertrag gelten lassen, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hiezu bereit erklärt'.

13. Parl. Gesch. boek 6, blz. 914.